

ドイツ大審院一八九七年カルテル判決と營業の自由

高 橋 岩 和

一 はじめに

一八九七年二月四日の大審院判決——カルテル契約合法化判決——⁽¹⁾によって、ドイツはカルテルの国 (das Land der Kartelle) になったと言われる。⁽²⁾ このカルテル組織の全ドイツ經濟への浸透とともに、その弊害も強く意識され、このために一九二三年に到ってカルテル令 (Kartellverordnung) ⁽³⁾ が制定され規制が行なわれることになるが、本法は、一定の場合におけるカルテルによる經濟力の濫用を規制するものであって、私法的な競争制限的市場協定の合法性を前提とするものであったから、第二次大戰後にカルテル禁止法制が導入されるまで、五〇年にわたってカルテル契約は法的承認を裁判所によって完全に与えられていたことになる。

従つてこの一八九七年大審院判決はドイツ經濟法制史のうえで重要な位置を占める。というのは、これ以前からカルテル契約の有効性について裁判所は問題としてきていたが、この判決で決定的となり、その後の判例もこれに従つて行つたからである。

本稿は、この大審院判決の法理とそのドイツ経済との関係および影響を検討するものである。

- (1) Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 38, S. 155 ff.
- (2) Böhm, Franz., Das Reichsgericht und die Kartelle. Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Kritik an dem Urteil des RG. vom 4. Febr. 1897. RGZ. 38/155, Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, 1948, S. 197 ff.
- (3) 正式には、Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen 1923.

二 判決の概要

本件の事実関係は次のようなものである。ドイツにおける木材パルプの生産は、最初一八四四年ザクセンにおいて始められた。当初は松材を機械ですりつぶして製紙用パルプを得ていたが、一八六六年にいたって化学的処理の技術が開発され、従来の生産方法によるパルプとの間に競争が生じた。その結果、パルプの市場価格は大幅に下落するに至った。そこでこの苦境に対処するために、一八九〇年以降、ドイツ各地でパルプ製造者連盟が設立され（一八九二年、ラインラント・ヴェストファーレン、同九三年、ザクセン、シュレージエン、南ドイツ）、さらにこれら四つの連盟の上に境界紛争の解決とその他事件の共同取扱いのため、ドイツ・パルプ製造者中央連盟が設立された。⁽¹⁾

本事件は、これら連盟のうち、一八九三年五月、八七の事業者により設立されたザクセン・パルプ製造者連盟に関するものである。⁽²⁾

この連盟は、将来にわたる製造者の破滅的な競争を相互に防止し、かつ適当な価格を得る目的で設立され、この目

的を達成するために、連盟構成員はその製品を排他的に共販所を通じてのみ販売し、これに違反したときには違約金を支払う義務を負うことが取り決められていた。この連盟は一八九五年一〇月までの期間で設立された。

本件被告は、連盟の構成員であって、規約に反して、一八九四年及び九五年にくり返し共販所を回避して、その製品を直接製紙工場に販売したものであって、原告連盟から、逸失した利益に対する違約金の支払を請求されたものである。第一審 (Landgericht Dresden) は、原告連盟の当事者能力を否定して、請求を却下した。第二審 (Oberlandesgericht daselbst) は、原告請求を認容、被告が大審院 (Reichsgericht Leipzig) に上告した。

被告は、連盟規約が法的効力を、その目的が営業の自由の原則に反している(帝國營業条例第一条違反)⁽³⁾がゆえに、もたないと主張していたが、大審院はその主張の適否を判断するには、次の二点の検討が必要であるとした。

まず第一に、当該連盟規約が、営業の自由 (Gewerbefreiheit) により全体の利益 (die Interessen der Gesamtheit) を促進しようとする立法者の意図を許容しえない方法で阻止しているか否かが判断されなければならない。

第二に、当該連盟規約によって、個人の自由が立法者の許容しえない方法で制限されているか否かが判断されなければならない。

第一の点についての判示。

「ある産業部門において、製品価格が極度に下落し、そのためにこの産業の円滑な経営が不可能になるか、あるいは阻害されるならば、そのとき生じる危機は、個人にだけでなく国民経済全体にとっても危険である。それゆえに、ある産業において不当に低い価格が永続的に存在しないということは全体の利益にかなうのである。(中略)

従つて、もし、ある産業部門の事業者が、相互に製品価格下落を防止あるいは抑制するために結合するなら、それはただちに全体の利益にそむくとはみなすことはできない。それどころか、それは、もし価格が實際継続して非常に低く、経済的破滅が事業者を脅かすなら、単なる自己保存力の正当な行使であるのみならず、全体の利益に役立つ方策であると考えられるのである。このことは、従つて、別の側面からは、まさに一つの手段としてここで問題となつてゐるような種類のシンジケートやカルテルの成立を意味してゐるのである。この手段は、非経済的かつ損失をもたらす労働による生産過剰と、そのことによって生じる崩壊を防止することによって、全国民経済の適切な運営に際して、とりわけ利益をもたらすのに適してゐるのである。」

このように判示して、ある産業部門が全体的危機におちいつてゐるとき、カルテル契約によりその危機を回避することは、全体「経済」の利益であることを明らかにしたのである。⁽⁴⁾

次に第二の点について、左のように判示して帝国営業条例第一条の意義を明らかにした。

帝国裁判所の確立された判例によれば、営業条例第一条は、「法律が例外もしくは制限を特別に規定し又は許していない限り、自己の希望に従つて全ての営業を営む個人の権利が誰に対しても保障されてゐるのであつて、個人が、どこで、どのように営業をなすかにつき、契約上絶対にいかなる制限にも従わないという意味を与えることが保障されてゐるのではない。競争禁止は法律上有効に協定しうるし、そのような契約によつては個人の営業の自由が制限されるのが許されるのみであつて、永久に (für immer) かつ全面的に (im ganzen Richtungen) 否定することが許されるのではない。」

従つて、本件被告に対する連盟規約上の制限は、その範囲についても、期間についても限定的であり、被告の営業の自由は違法に侵害されているとは言えないと判示した。

このようにして、当該カルテル契約を有効と認め、連盟規約中の違約金条項に基く違約金請求を過去の契約違反について認容した。

また、被告の連盟からの脱退（一八九四年十二月の連盟委員会議長あての通告文による）は有効に成立しているかという係争点がさらに存在した。被告は、ザクセン民法第一三八一条、契約は当事者により期間中いつでも解除される、は営業の自由の原理に基いており、契約解除は「その自然な自由を再び手に入れるために」認められると主張した。大審院は、営業の自由の原則による全体の利益の保護と個人的自由の保障という二重の属性にもとづいて、個々の営業者が連盟の自救のために引き受けた義務を、単に被告の主張のような原理によって将来に涉つて放棄することはできないと判示した。

こうして、大審院は被告の主張を全てしりぞけ、ザクセン・バルプ製造者連盟の規約を有効と解し、それに基づく違約金請求を認容したのである。

- (1) Röper, Burkhardt, Der wirtschaftliche Hintergrund der Kartell-Legalisierung durch das Reichsgericht 1897, *Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1950, S. 243—246.
- (2) *Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 4. Februar 1897*. Bd. 38, a. a. O. S. 155 ff..
- (3) 帝国営業条例第一条は、「営業経営は、本法によつて例外あるいは制限が規定されもしくは許可されていない限り、全ての人に許される。」と規定する（Landmann-Rohmer, *Kommentar zum Gewerbeordnung* 1907. Bd. I, S. 43）。

- (4) こうして、事業者が、善意で (in gutem Glauben) 追求したその製品の減価とその他の価格下落により個々人に生ずる損失に対する保護により、ある産業部門を活発に維持するという目的に相互に拘束しあうとき、カルテルは、個々の私利に対して全体の利益を守らなければならない限り、営業の自由の原則に違反しないのである。(Entscheidung des RGZ, a. a. O. S. 158.)

三 フライブルク学派による批判的分析

この判決の与えた影響はきわめて大きいものであるが、これに対する本格的な批判的分析は後年フライブルク学派によって初めてなされたと言ってよいであろう。⁽¹⁾ その要旨は次のようなものである。⁽²⁾

一八六九年の営業条例の立法者は、供給者と需要者の市場での競争によって、国民経済的に正当な利益となる市場価格が導き出されるという古典的国民経済学説 (Lehre der klassischen Nationalökonomie) を受け入れており、このゆえに、営業の自由を創設した。立法者は、この際に、全体「経済」の利益の促進と個人の「経済活動の」自由の保護という二つの意図を持っており、全体の利益が個々の私的利益「追求」に優先するものとした。このことは大審院判決自体が前提としている。なぜなら大審院は「連盟の目的を實現するための契約と決議とによって、営業自由の原則が侵害されたのか、さらにそのような契約により立法者の全体の利益を促進しようとする意図が『許容しえない方法で妨げられたか』を判断する」という正当な論理構成を取っているからである。⁽³⁾ つまり大審院は、カルテル契約形態での私的契約が、客観的な法的ならびに経済的秩序の創設としての営業の自由を侵害するとき、この営業の自由が完全に保護されるべきか否かとしてのみ問題をとらえたのである。⁽⁴⁾

しかしながら、大審院は、以上のことを前提としていながら次に、營業条例により創設された營業自由の制度が立法者の意図したように機能しているかどうかを問い、營業の自由は實際には立法者の意図とは全く異なった結果を導びきだしたと述べる。それは無制限な競争の結果である価格の下落という全国民經濟への危険をもたらしたのである⁽⁵⁾。こうして大審院は、立法者は間違っており、法は粗雑であるという結論に到る。大審院は、以前には、營業の自由は現行法の原則であり公法であるかを問うていたし、また、そうであれば私法的契約はそのもとで有効であるかいなかを問うていたが、今や、この帝国法の解釈ではなく批判を、法的判断をするかわりに經濟政策的判断をするのである。大審院は、法からではなく、經濟政策的な法の有効度と目的合理性に関する個人的見解からの判断をするに到った。⁽⁶⁾

大審院は、事業者が善意で追求した目的に従って互に拘束しあうことは、營業の自由の原則に反しないと述べるが、連盟に対して、当該市場の状態が国民經濟にとってどのように有害であるのかに関する証明も、連盟の市場政策が營業条例によるよりも良好な市場状態を保障するという証明も求めなかった。大審院は、事業者達が主觀的に競争が好ましくないことと国民經濟的考慮からその市場政策を確信したことをもって、連盟の善意を承認し反対の証明は連盟の相手方に要求したのであった。⁽⁷⁾

この結果、大審院は、私法上の主体を公法への服従から免除し、市場の法的秩序をわきにおしやうて、当該市場における私法的行為の勝手な秩序によって代えてしまふ結果をもたらす契約締結を許したのである。營業の自由はなんら「全体の利益」のためには存在せず、營業条例により創設された經濟の客觀的秩序（營業の自由）は、競争阻害的私法契約に対して保護されるのではなく、国家の干渉あるいは公法的団体（ツンフト、ギルド、強制組合）に対して

保障されるだけである。大審院は、カルテルによる市場規制に白紙の信任を与え、またカルテルの国民経済的影響についても現状肯定的に考えすぎたのである。⁽⁸⁾

以上のようなフライブルク学派からの批判に対しては、第一に、一八六九年営業条例の法的性格はどのようなものであったのかという点、第二に、第一の点と関連して、大審院は営業条例第一条の法的解釈を経済政策的判断に変えてしまったのかという点、これら二点について検討してみる必要がある。

- (1) フライブルク学派は、ワルター・オイケン、ハンス・グロスマン・ドエールト、フランツ・ボームの三名が一九三〇年代にフライブルク大学において共同のテーマで研究を進めたことに始まる。その具体的成果として、一九三六〇七年に彼ら三名を編集者とする叢書「経済の秩序」(Ordnung der Wirtschaft)四冊が刊行された。彼らは、自由な経済社会内部における私的経済権力の問題に共通の課題意識を持ち、人道的かつ効率的な経済秩序を建設するための政策的研究を行なった。第二次大戦後は、年報「オルド」(Ordo)(一九四八年創刊)を中心として活動した。この学派は戦後西ドイツがその進路を自由市場経済の方向に決定するのに大きな役割を果たした(オイケン著、大野訳『経済政策原理』五二一頁以下・一九六七年)。もちろん、後に検討するように、この学派による分析の他に種々の見解がこの判決に関して出されているが、経済制度論的な立場からのものであるところに、この学派による分析の特徴があると言えよう。

- (2) Böhm, Das Reichsgericht und die Kartelle, a. a. O. 及び Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leitung, Ordnung der Wirtschaft, heft 1, 1937/S. 150 ff.

- (3) Böhm, Das Reichsgericht und die Kartelle, a. a. O. S. 202.

- (4) Böhm, a. a. O. S. 204. 営業の自由の創設が完全な競争秩序の創造を意味することが立法者の意図であるとすれば、全ての市場参加者あるいはその大部分が市場協定を結ぶことにより、競争が阻害され非競争的市場価格が達成されるとき、カルテル契約の締結は私法上の主体が公法秩序を無効としまつた異なった経済秩序を達成するために共同することを意味する。

- (5) Böhm, a. a. O. S. 206.
- (6) Böhm, a. a. O. S. 207.
- (7) Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft, a. a. O. S. 152.
- (8) Böhm, Das Reichsgericht und die Kartelle, a. a. O. S. 210. カルテルの価格設定は、'nützlich und richtig' ではなく、国民経済的にも 'ungünstig' であって、'法的に無効であり、又カルテル価格は風俗に反する暴利 (sittenwidrige Bewucherung) であるから、その契約は無効である。'

四 カルテル適法化の論理

カルテル契約は、本判決以前から私法的側面および公法的側面の両面から問題とされてきていた。

まず私法的側面では、この営業の自由を制限する契約は、概して有効とされてきていた。競争制限的契約は、それが善良の風俗に反しない限り有効であるという一般原則が成立していたのである。善良の風俗に違反するかどうかは、制限が場所（区域）、期間について限定的であるか否かによって判断された。⁽²⁾ この場合、雇主と使用人との間で解雇後一定の営業を営まないという契約、あるいは営業譲渡人が一定期間同種営業を営まないという契約などにおける競争をしないという契約と、同業者間の規約による営業活動の制限とに類型化しうる。前者の場合には、基本的には個人と個人との間の営業の自由が制限されるだけであるのに対して、後者の場合には、一定の市場との関連で営業の自由が制限されるので、前者の場合とはその局面が異なる。カルテル契約は、まさにこの後者の場合であるが、この場合の裁判所の態度は、一八八八年のバイエルン上級裁判所判決⁽³⁾において見ることができる。この判決では、価格が

下落している営業部門（レンガ製造）において、将来の営業を振興させる目的で協定を結ぶなら（生産制限義務と違反の場合の違約金規定）、これはいかなる道徳律にも反しただけでなく、思慮ある事業活動でもあって、なんら法に違反するものではないと判示されていたし、さらに一八九〇年の大審院判決も、カルテル協定によって生産又は価格形成に干渉することはなんら良俗に反するものではないことを重ねて明らかにしており、一八九七年判決は、私法的側面では、このような判例の系譜上でなされたものである。

次に、公法的側面では、刑法および営業条例が問題とされた。刑法に関しては、まず入札カルテル（*Submissions-kartell*）が、プロイセン刑法第二七〇条のもとで違法とされた。⁽⁷⁾ 次いで、第三者に対するカルテル強制が、帝国刑法第二四〇条、第二五三条により違法とされた。⁽⁸⁾ しかしながら、これらの刑法による規制は特定のカルテル契約の弊害にのみ適用されるものであったから、重要な意味をもちえず、後には、なんの機能も果さなくなってしまったのである。⁽⁹⁾

こうして、次に営業条例が問題となってくる。営業条例により保護された営業の自由の原則とカルテルとの関係をとりわけ明らかにした判決は、一八九〇年七月五日及びすでに述べた一八九七年二月四日の判決である。⁽¹⁰⁾

これらの判決で帝国営業条例第一〇〇条q項及び第一五二条、さらに第十条は、カルテルの場合に適用の余地はなく、ただ第一条のみが問題とされた。⁽¹¹⁾

すでに述べたように、とりわけ一八九七年二月四日判決に対して、フライブルク学派からの批判が寄せられているので、これと関係させながら検討を進めたい。

ここで、判決の論旨とフライブルク学派の批判の論理を対置させ要約するなら次のようになる。

まず大審院の立場は、当該カルテル契約は、営業の自由によって保護された全体の利益の観点からのみその有効性が争われることを前提とする。次に、カルテルは国民経済にとって利益となっているという事実認識を持つ。そして、カルテルを規制する明文の規定もなく、また、独占の成立あるいは消費者の暴利的搾取であるという被告の主張もないのであるから、当該カルテルは全体の利益を許容しえない方法で阻害しているとは言えない。従ってあとは市民法上良俗に反しているか否かが判断されればよい。当該カルテルによる制限は、場所、期間共に限定的であり、良俗に反しないので許されるということになる。

これに対し、フライブルク学派の立場は、営業条例第一条は、自由経済競争秩序の維持を保障した規定であることを前提とする。次に、カルテルは国民経済の利益にならないという事実認識がくる。従って、第一条はカルテルを排除するときに、立法者の意図にかなって適用されたことになる。

このように両者は、事実認識が正反対であるから議論がかならずしもかみあわないが、法的には、カルテルの合法性の認識が営業条例第一条の誤まった解釈によるものであるか否かという問題に答えるためには、第一条の営業の自由の保障が、国家による自由制限処置に対してのみ向けられたものであるか、あるいは非国家的社会的勢力（カルテル）による自由制限的方策に対しても又保護をなすものであるかという問題として考えられなければならない。⁽⁴⁾

営業条例第一条は「営業経営は、全ての者に許される」と規定するが、この「許される」(ist gestattet) という文言は、営業経営が特別の国家による許可や同意などに従属すべきではないという意味を持ち、営業経営に対する一

般的国家的許容を規定したものであって、営業活動の自由の全ての面にわたる保障、とくに、競争制限的な営業者の結合に対する個人的自由の国家的保障自体を規定したものではないと言われる。⁴⁴⁾

このことはさらに、営業条例がその第一五二条⁴⁴⁾で従来の団結禁止を廃止したこととの関係で、一方で団結の自由が認められながら、同時に他方でカルテルの自由が禁止されることがありうるかとも言われる。⁴⁵⁾

これらの理由から、立法者が、営業の自由の国家的制限の除去とともに、この立法の後に発展した経済において初めて問題となってきた自律的経済に内在する競争制限（カルテル）を禁止しようとしていたと考えることはできないと言われるのである。⁴⁶⁾

一八六九年営業条例の立法者の意図が、第一義的に国家およびそれと結びついたギルドやツンフトあるいは強制組合（Zwangsinnungen）のような公法的団体による制限の除去（排他的営業特権または強制 \parallel 独占権の廃止）にあったことは確実であるが、さらに進んでカルテル的な競争制限の除去までも意図していたかという点についてはかならずしも明らかではない。

一八六七年の「北ドイツ連邦憲法」は、その第三条で営業移動の自由の原則（Prinzip der gewerblichen Freizügigkeit）を、第四条で営業事項の連邦管轄権（Zuständigkeit des Bundes in Gewerbesachen）を定めており、この条項を実施するため議会で営業法案が審議された。しかし、連邦参議院とライヒ議会との間の調整がつかず、とりあえず、一八六八年七月に緊急営業法（Notgewerbegesetz—Gesetz über den Betrieb der stehenden Gewerbe）がまず制定された。本法の経済政策的目標は「北ドイツ連邦内における営業移動の自由の確保を追求する」ことにあ

り、営業経営から他人を締め出すツンフトと商人組合の排他的独占権を廃棄し、営業経営に医師、弁護士などを除いて資格証明 (Berufungsnachweis) を必要としないものとし、又営業経営およびその範囲に関する都市と農村との間の差異や手工業者の自家製商品の販売に対する制限を廃止した。この緊急営業法を受け継ぎ最終的に営業事項を規制したのが翌六九年六月の北ドイツ連邦営業条例 (Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund) である。排他的営業権およびそれと結合した強制¹⁸⁾独占権が廃棄され (第四条、七条、八条)、再取得が禁止された (第一〇条)。又営業権の取得を市民権の保持 (Besitz des Bürgerrechts) に依存させることを廃止し (第一三条)、営業経営に関する都市と農村の差別を廃止した (第二條¹⁹⁾)。こうして市民に最大限の職業選択の自由ならびに居住・移転の自由を確保しようとしたのである。第一条に規定する「営業の自由」は、従って、このような意味での国家の個人に対する営業規制からの自由であり、国家により許可された公法的中間団体の営業規制からの自由なのである。そして、このような公法的中間団体の営業規制権が原則的に国家の手に吸収された以上、「営業経営は、全ての人に許される」という文言は、誰でも原則として国家の許可や同意に従属せずに、いかなる職業も選択でき、その営業に従事するという意味を持つものである。従ってこのことは、自由な営業経営間の競争を結果することになる。ひるがえってこの時期をドイツ資本主義との関係でみれば、六〇年代は産業資本の確立期である。五〇年代の産業革命期を経て、今やドイツ産業資本は軽工業 (繊維工業)、重工業 (石炭・鉄鋼業) とともに急速な発展をしつつあった。²⁰⁾このこととの関係で言えば、営業の自由は、産業資本の活動の自由の保障、すなわち自由競争の原則を宣言したものである。²¹⁾

従って、営業の自由は、排他的営業権や強制¹⁸⁾独占権の最終的廃棄により職業選択の自由・移動の自由を保障し、

その結果たる自由競争の放任を宣言したものと考えられよう。

この時代は「調和信念」(Harmonieglau²³bé)に導かれた「自由放任経済」(die Wirtschaft des Laisser faire, laissez aller)の時代であつて、自由の濫用に対して自由を守るといふ考慮をしていたわけではない。従つて、営業条例の立法趣旨は自由競争経済の進展にとつての中世的阻害要因(ツンフト、ギルド、強制組合)の除去に重点があり、その経済を将来にわたつて「競争制限的結合の排除により」秩序づけるという配慮はなかったと言えよう。このことは、営業条例の規定上も一方で団結の自由を承認しながら(第二五二条)、他方でカルテルに対する何らの明文の規定を設けなかったことから明らかであると考えられる。

ところで、一八七三年以降、カルテル活動が活発になつてくる。これは、一八七一年の対仏戦争の勝利によりもたらされた好況が、一転して恐慌状態におちいったことによるもので、カルテルは最初「苦境の子」(Kinder der Not)と呼ばれたように、不況の終りと共に消滅する一時的な現象と考えられていたが、八〇年代以降の好況時にも存続・増大し、国民経済の当然の必要欠くべからざる組織形態であるとさえ考えられるに到つた。²⁴

このような背景のうちに、カルテルに対するなんらの明文の法的特別規定がないことから、カルテル協定と営業条例第一条との関係が意識されるようになり、カルテル協定が第一条違反を構成するか否かが法的問題となつたのである。²⁴問題は、一八六九年の立法者がすでに述べたように考えていたとして、一八九七年の大審院はどのように考えたかである。

大審院は、まず営業条例の草案が提出され討議されたとき、生産及び価格の規制のための営業者による結合が多く

存在することを立法者は知っていたが、それにもかかわらず、營業条例のうちにそのような連合や協定についての規定は設けられなかった、と述べる^四。従ってカルテル協定は基本的に一般市民法により判断されるのであるが、この場合、契約が有効か否かという問題と、それが有効として原告連盟による訴に対して法的保護（損害賠償）が与えられるかどうかという問題（内部的組織強制の問題）とがあり、前者に対しては營業条例第一条の適用があるか否か、後者に対しては同条例第一五二条の適用があるか否かがそれぞれ判断されなければならないとする。前者についてはすでに言及したが、カルテル契約が全体「經濟」の利益を許容しえない方法で妨げているか否かが判断されるべきものとし、この許容しえない方法につき次のように述べた。

營業の自由により保護された全体「經濟」の利益の観点からカルテル協定への異議が生じるのは、それが事実上の独占の惹起と消費者（Konsument）の暴利的搾取をねらうか、あるいはそのような結果が当該協定とその実行により事実上もたらされる場合である^四。

この立場は、すでに一八九〇年七月五日の大審院判決において、カルテル協定がその構成員の投機的目的のゆえに、一定の商品市場の支配とそのような目的に反対する經濟的諸力（wirtschaftlicher Kräfte）の自由な活動の阻止を対象としている場合に異議が生じると判示されていたのを受けついたのである^四。大審院は全体の利益を妨げる場合をこのように定式化していたが、被告がこのような異議を主張していないので判断しなかった。

この大審院の立場は、当時、学説上も承認されており、そのような独占的地位が、公共の福祉と營業条例の意図に反する暴利的公衆（Publikum）の搾取に関係するという観点から、營業条例第一条一項により、營業経営は、条

例自体が例外を定めていない限り全ての人に許されるので、協定参加者のみがその地域において一定の営業経営が許され、かつこの協定を全ての営業経営者に強制しようとすることを定め、実施する協定は法的にこの観点から違法であるという理解がなされていた。

このように見てくると、大審院の立場は、カルテル契約が私法上の善良の風俗違反で無効とされる場合のみならず、営業条例第一条により保護された全体「経済」の利益違反でも無効とされる場合が存在しうることを法理上認めていたと考えられよう。しかしながら、大審院は、ほばア・プリオリにカルテルは全体の利益にかなっていると考えていたから、カルテルは原則として「良いカルテル (good cartel)」であり、このような定式にあてはまる場合は実際にはほとんど証明されえないと考えていたと言われるし、又この点は営業条例第一条により個人の権利「従って行政あるいは他の私人により違法に侵害されないという法的請求権」が創設されたのかという問題とも関連しており一概には言えない。

次にこうして、カルテル契約自体が有効であるとして、法的保護（違約金請求）が与えられるかという点が争われた。営業条例第一五二条二項は、営業経営者あるいは労働者による同盟および協定からは訴も抗弁も生じないと定めており、被告はこの条項に基き、価格下落防止のための営業経営者の協定は、それが法的に許されているとしてもそこからなんの訴も抗弁も生じない、従って法的保護を与えられないと主張していたが、これに対し大審院はこの見解を否定した。大審院は、営業条例がそのような営業経営者の協定についてなんらの規定も設けていず、他方で第一五二条で定めている協定に法的保護を明白に拒絶しているとするなら、ここで問題となっている協定が、他の一般的法

原則に反していない限り、法的保護を保障されなければならない、とを推定しなければならない、従つて、当該協定にもとづく訴は有効であると判示したのである。

大審院は、こうして、營業条例がカルテルに対する特別規定を持っていないことを前提として、現実には、第一条により保障された營業自由の原則によつて、積極的な自由競争經濟秩序が創設されたとは理解せず、従つて營業自由の原則によつて保護される全体「經濟」の利益はカルテル阻止によつて達成されるともまったく考えなかつたのである。そこで次にこの大審院の判断がいかなる基準にもとづいてなされたのが検討されよう。

(1) Denkschrift über das Kartellwesen, Zweiter Teil, Vorschriften des inländischen Zivil- und Strafrechts. S. 7, Drucksachen des Reichstages VI Band, No. 351. 1906.

(2) Landmann-Rohmer, Kommentar zum Gewerbeordnung 1907, 5. Auflage Bd I, S. 49 ff. そこで挙げられている判例の

主要なものは次のようなものである。

Urt. d. RG. v. 19. XI. 93, Seuff. Arch. 49 Nr 155 (期間および場所の限定なくいかなる競争營業にも入らないという契約は無効である。)

Plenar=Erk. des pr. OTr. v. 27. IX. 77, Seuff. Arch. 34 Nr. 105, Bl. f. adm. Pr. 28, 60. (メリヤン粉と小麦の取引營業の全てを一定の地域で営まない義務を課することは許される。)

Urt. d. RG. in Zivils. v. 5. XII. 79, Entsch. 1, 22, Reger. 1, 20 (10年間、フスマールとタールの製造營業をドイツで営まないという契約は無効ではなからず。)

Urt. d. OLG. Marienwerder. v. 1. XI. 93, Seuff. Arch. 49, Nr. 241 (製造秘密の保持の爲自由な營業經營を制限する契約は有効である。)

Urt. d. bayer. Oberst. LG. v. 25. IX. 94, Samml. 15, 339 (隣地を飲食店兼旅館が存続する限り、その土地で同じ營業を

ドイツ大審院一八九七年カルテル判決

営まないという契約は所有權承継人にも有効である。)なお、宮崎良夫『營業の自由』と營業警察——ドイツにおける公權論争の諸前提——」高柳・藤田編『資本主義法の形成と展開』(2) 一九七二年、所収。十一頁及び十八頁の注参照。

- (3) Urt. d. bayer. Oberst. LG. v. 7. IV. 88. Reger 9, 180, Bl. f. RA. 53, 199, Landmann, a. a. O. S. 51 ff.
- (4) Denkschrift über das Kartellwesen, a. a. O. S. 9, Landmann, a. a. O. S. 52.
- (5) Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen vom 5. Juli. 1890, Bd. 28, S. 238 ff.
- (6) Denkschrift über das Kartellwesen, a. a. O. S. 8.
- (7) Urt. d. RG am 17. November 1891 (Jur. Zeitschr. f. Els.-Lothr. Bd. 17, s. 139) フロイセン刑法第二七〇条は、競売に際し脅迫あるいは利益保証の手段で、關係者が値をいけることを阻止する者に刑罰を定めていた。Lehnic, Oswald, Kartelle und Staat. 1928. S. 88 ff.
- (8) 帝國刑法第二四〇条は、脅迫に関する規定、第二五三条は、恐喝に関する規定である。
- (9) Lehnic, a. a. O. S. 89/90.
- (10) Denkschrift über das Kartellwesen, a. a. O. S. 7, Entsch. des RGZ. v. 5. Juli. a. a. O.
- (11) 營業条例第一〇条「法律により廢止されあるいは償却可能である (ablösbar) と宣言された排他的營業特權 (Ausschließliche Gewerberechtigungen) 又は強制並に独占特權 (Zwangs- und Baurechte) は今後もはや取得されることはできなう。」帝國營業条例第一〇条b項「同職組合 (Innung) は、その構成員を、その商品あるいは給付の價格、又は顧客の獲得に際して、制限することは許されなう。」第一五二条は後出注(14)参照。Landmann, a. a. O. S. 52.
- (12) Huber, Ernst, Wirtschaftsverwaltungsrecht. 2. Auflage, Bd I. 1953, S. 316 ff. この問題は、私人相互間の人權保障——人權保障規定の第三者効力——問題として西ドイツで第二次大戰後、その基本法のもとで、「人間の尊嚴」(一條一項)や「人格の自由な發展を目的とする權利」(二一條一項)議論されたものである。この基本權は、「民法の「善良の風俗」「信義誠実」という一般条項を媒介として私法規定の解釈に影響を及ぼすという点も含めて議論されているが、十九世紀末までは、私人間の人權保障の事実をさかのぼらせえないようである。

参照。稲田陽一「自由権の国民相互間における効力について」、竹田重年「私法関係における基本権の限界と侵害」、ともに「公法研究」二六号、一九六四年所収。及び、芦部信喜『現代人権論』第一部、「人権規定の第三者効力」、一九七四年。

- (13) Huber, a. a. O. S. 316. 「自由の濫用に対して自由を守ることが必要であるという考慮は一八六九年の立法者にはなかった。」

- (14) 営業条例第一五二条「営業者、営業補助人、職人、または工場労働者が、有利な賃金および労働条件の獲得を目的として、とりわけ労働の停止または労働者の解雇を手段として、協定し同盟することを禁止し処罰する規定はすべて廃止される。かかる同盟および協定から脱退することは、全ての参加者にとって自由であり、又この同盟および協定からは訴も抗弁も生じな
う。」

- (15) Huber, a. a. O. S. 316. 「自由な組合 (freie Innungen) は、帝国営業条例に於て初めから認められていた。その限りで、経済的結合の自由が保障されていたのである。」

- (16) Huber, a. a. O. S. 317/318. 「営業条例第一条が経済組織の根本規範を規定したということは正しい。しかしこのことをもつて全ての側面での営業と競争の自由が、集合的協同的競争制限に対して保障されたと理解することは不可能である。」同旨、Lehmann, a. a. O. S. 87.

- (17) Voigt, Fritz, German experience with cartels and their control during pre-war and post-war periods. pp. 172/173, Miller, J. P. ed. Competition, Cartels and Their regulation. 1962.

- (18) Landmann, a. a. O. S. 1 ff., 保木本一郎「ドイツにおける営業警察の展開」(二) 社会科学研究 一九卷 六号、一九六八年、一〇四頁以下。田山輝明「ドイツ民法の形成と営業令——BGB第六一八条論」早稲田法学会誌 二二卷 一九七〇年、四六頁以下。同「北ドイツ連邦営業令試訳」比較法学(早大比較法研究所)六卷二号 三〇一頁以下。

- (19) Katzler, Carl v., Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. 2. 1897 über die rechtliche Zulässigkeit von Kartellen und Syndikaten. S. 146. Kartelle in der Wirklichkeit. F. S. für Max Metzner. 1963. Katzler は次のように指摘する。「営業条例」第一条、四条、七条、八条を見よ。立法者は六八年法と異なった意図を有せず、従来の制限を廃して、市民

に最大限職業選択の自由を確保しようとしたのである。特別の市場経済秩序を創造することを立法者がすでに考えていたと言っているのではない。」Katzlerは、営業条例第一条が新自由主義的な市場経済秩序を創設したという説として、フライブルク学派の学説を理解しているが、すでに見たようにまったくそのようなことはない。Böhmは古典的自由主義競争経済が営業条例第一条により創設されたと述べているだけである。

(8) 武田隆夫編『経済学大系4『帝国主義論』(上) 一九六一年、五二頁以下。

(11) Landmann, a. a. O. S. 45. 営業条例第一条は「営業の自由と自由競争の原則を宣言した。」

(12) ハンス・グロースマン・ド・ヘルト、豊崎光衛訳『経済法』四五頁。新ドイツ国家大系 第六卷所収、一九三九年。

(13) Barnikel, Hans-Heinrich, Kartelle in Deutschland. Entwicklung, theoretische Ansätze und rechtliche Regelungen. S. 1 ff. Barnikel, Theorie und Praxis der Kartelle. 1972. ここで掲げられているカルテルの数は、一八六五年—四、七五年—一八、八七年—七〇、八八年—七五、八九年—一〇六、九〇年—一一七、九六年—一四三から二五〇、一九〇〇年—三〇〇である。Lehnick, a. a. O. S. 38.

(14) Lehnick, a. a. O. S. 87.

(15) Entsch. des RGZ. Bd 38 a. a. O. S. 160 / 161

(16) Entsch. des RGZ. Bd 38 a. a. O. S. 159.

(17) Denkschrift über das Kartellwesen, a. a. O. S. 7. この判決は注(5)参照。

(18) Landmann, a. a. O. S. 52. Denkschrift. a. a. O. S. 7.

(19) Landmann, a. a. O. S. 52. また、Katzler, a. a. O. S. 148. この競争制限的な事業者の結合は、営業条例第七条で廃止されたZwangs- und Bannrechtenと類似して行く場合があり、その場合には、私法的な個人間の契約形態を用いては引き起こされることの許されない大規模広範な影響が生じると理解されていたことを指摘する。

(20) Landmann は、カルテルは営業条例第一条により保障された営業の自由と調和するか否かだけが判断されるが、その場合、営業者が良俗になかった目的(営業経営を製品価格の下落に対してカルテルにより維持する)をもって自由意思で、協定する

場合は、営業の自由の原則に反しないということを前提として、本文で述べたような特別な事情のもとで全体「経済」の利益の観点から異議が生じると述べる (Kommentar, a. a. O. S. 51.)。この場合は、営業条例第一条違反と民法第一三八条違反が生じる (Schwital, Walter, Kartellgesellschaften mit beschränkter Haftung, 1919, S. 20/21.)

(31) Kronstein, Heinrich, Cartel Control: A record of failure, pp. 302/3. The Yale Law Journal vol. 55: 297.

(32) 営業条例第一条の規定により個人の主観的権利が創設されたか否かについては学説上の対立があった。まず否定論者は、Seydel, Laband, Otto Mayer, Giuth, Jelinek 等であり、Laband は「営業の自由は絶対にかなる実定法的内容の概念でもなく、まして主観的権利でもなく、営業活動に関する一般的取引自由の法的制限の否定である。」と述べる。これに対して肯定論者は、Rehm, Schenkel, Schiker, Sarwey, Kohler, Landmann 等であり、Rehm は「法の文言が、他の法主体の営業行為の妨害をしない義務を全ての私人及び国家に課し、これに対する法的な例外を留保するものであることを主張し、Sarwey は「原則的に第一条により行政的請求を正当化する主観的権利が与えられることを主張する。Kohler は「営業経営の許可を必要とするときのみでなくすでに営業を始め継続している場合にも市民法上の人格権に属する主観的営業権が与えられていることを主張する。判決に関しては、ノロイセン上級行政裁判所は、Seydel-Laband 理論に近いように考えられる。大審院はその立場をまだ充分に明らかにしていない (Landmann, a. a. O. S. 45/46)。」なお、宮崎、前掲『「営業の自由」と営業警察——ドイツにおける公権論争の諸前提』五三頁以下にすぐれた分析があるので参照されたい。

(33) Entsch. d. RGZ. v. 4. 2. 1897. a. a. O. S. 161., Denkschrift. a. a. O. S. 9.

五 本判決の経済的背景——パルプ産業の実態

すでに見たように、一八九七年判決は、ある産業部門が全体的危機におちいついているとき、カルテル協定により、その危機を回避するのは全体「経済」の利益にかなっているとして、当時カルテル協定の性格について国民経済学の内部でも論争中であつたにもかかわらずこの問題を肯定し、⁽¹⁾又当該連盟が善意で (im guten Glauben) カルテル協

定を締結したのかどうかの証明をなにも求めることなく、原告連盟の請求を認容したものであるが、次にこの大審院の避けた問題が明らかにされる必要がある。⁽²⁾

パルプ産業においては、一八六六年の新技術の開発により生産された製品と従来の製造方法による製品との間に激しい競争があり、そのためパルプの市場価格は下落しており、この「破滅的な」競争を相互に防止し、かつ「適当な」価格を得る目的でパルプ製造者連盟が設立されたが、まず第一に、この連盟は未加入者（それも有力な）との競争のゆえに、パルプ価格をほんのわずかしき引き上げることができなかった。第二に、連盟内部においては、小規模水力製造者達と大規模蒸気製造者達との間に基本的な利害の対立があった。すなわち、連盟委員会における投票権の問題でこの小規模事業者達は不利益をこおむっていたし、又彼らは、員外者との競争のためにパルプ価格を安くおさえられたり、かつ連盟内大規模事業者との一層の競争にさらされていたのである。

このため、ザクセン・パルプ・シンジケートは連盟設立後その期間の終了をまたずに、水力と蒸気力の製造者の異なった利害のために事実上崩壊したのである。一八九四年から九五年にかけてのシンジケート無視による本件被告の製品直接販売には、このような事情があった。そして、このパルプ産業はこの後二度と再び連盟を設立することはなかった。⁽³⁾

次に、パルプ産業に「破滅的な競争が存在したのか」という問題、すなわち供給過剰により価格がそれほど下落していないパルプ産業全体が危機にさらされており、そのことのゆえに全国民経済が共に苦しんでいたと言えるのかという問題がある。これは、価格面での判断をすることはむずかしいが、パルプ産業自体が全体的危機に陥っていたとは

言うことができないであろう。なぜなら、たしかにパルプ産業における小規模水力工場生産から大規模蒸気工場生産への生産構造の変化があり、それによる小規模事業者のパルプの全生産高に占める割合の後退はあったが、この小規模水力製造者の数は、当時「破滅的競争」によっても一〇年間にわたりほとんど変らなかつたからである。⁽⁴⁾

こうして、大審院は、自ら提出した判断基準が充足されているかについての明確な証拠の検討をしなかつた。個々の私的利益「追求」に対して保護さるべき全体「経済」の利益の重要性への理解が足りなかつたと評されるゆえにある。⁽⁵⁾

これに対して、当該カルテル契約が当事者達にとってその苦況からのがれるためになんら有効な手段とならず、それはカルテルの崩壊によりさらに確められるという事実からは、契約の経済的目的充足の有無についての疑義が生じるとしても、契約当事者の *Gutgläubigkeit* については法的になんの問題も生じない——大審院は契約当事者が善意でカルテル契約を結ぶなら、それは合法的であると考えていたのだから——と反論される。⁽⁶⁾

たしかにカルテル契約実施に伴う結果をもって、当該事業者達が、誤まっているかあるいは悪意である (*falsch oder gar mala fide*) とは言えないであろうが、ここで問題としたことは、大審院が、協定の *Gutgläubigkeit* の証明をなんら連盟に求めなかつたという事実の経済的背景を実証的に明らかにすることだけなのである。⁽⁷⁾

- (1) Röper, Der wirtschaftliche Hintergrund der Kartell-Legalisierung durch das RG 1897, a. a. O. S. 242. ff.
- (2) Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft, a. a. O. S. 152.
- (3) Röper, a. a. O. S. 246. 以下で、細かな具体的生産量及び価格変動の数値が挙げられている。

- (4) Röper, a. a. O. S. 247.
- (5) Böhm, a. a. O. S. 152.
- (6) Katzer, Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. 2. 1897 über die rechtliche Zulässigkeit von Kartellen und Syndikaten, a. a. O. S. 150.
- (7) Böhm, Das RG und die Kartelle a. a. O. S. 209.

六 カルテルとドイツ資本主義

こうして大審院はカルテルが全体「経済」の利益であることを承認したのであるが、ここでこのカルテルと当時のドイツ資本主義との関係を若干述べてみたい。

資本主義経済制度のもとのカルテルは、早くも一八三〇年代からすでにドイツにおいて見られるが、六〇年代までは短期的かつ地域的であつて重要な意義を持たない。⁽¹⁾ところでドイツは一八七三年に恐慌にみまわれるが、これ以降基幹産業部門においてカルテル組織が成立し発展するに到る。これを石炭・鉄鋼業を例にとつてみれば、一八七七年以後数度にわたり石炭輸出組合や銑鉄シンジケートが形成され、しだいにその結合は強固になり、一八九三年にはライン・ヴェストファーレン石炭シンジケート (Rheinisch-Westfälisches Kohlsensyndikat) が成立するに到つて、この地方の石炭産出高の約八七パーセントを支配するにいたつてゐるし、又一八九六年にライン・ヴェストファーレン銑鉄シンジケート (Rheinisch-Westfälisches Roheisensyndikat) が成立し強大な支配力を持つにいたつてゐる。このような強大なカルテル組織の形成は他の産業部門においてもほぼ同様なものである。一八七三年以降短期

的な好況期をはさみながらも全体として「大不況期」と呼ばれるこの時代にカルテル組織はドイツ経済に強固な根をおろしたのである。⁽²⁾

このことは又ドイツのおかれていた国際的環境という側面からみれば、ドイツ工業は先進イギリスとの激烈な競争により窮地にあり、そのために保護関税政策（一八七九年の「穀物と鉄」との同盟による保護関税）が取られていたが、この保護関税は、関税障壁の高さだけ国内での価格を引き上げ、そこで得られた超過利潤を用いて国外市場での製品価格を引き下げてイギリスと競争する、というカルテル関税の機能を果すものであった。

このようにして外に対する保護関税と内におけるカルテル組織の強固な形成により、ドイツ資本主義は資本蓄積を進め、独占資本主義段階に移行して行ったのである。⁽³⁾ このように見てくると、一八九七年大審院判決において、「全体〔経済〕の利益の保護」ということがどのような意義と機能をもっていたかが明らかとなるであろう。すなわち、大審院にとって問題は、単にパルプ産業一つの浮沈に関することではなかった。そこには全ドイツ経済の国内的・国際的現実に対する周知な判断があったのである。⁽⁴⁾ この判決が「経済政策的判断によるものである」とフライブルク学派によって批判されうる側面を持っていたことは、すでに言及したように大審院がパルプ産業の実態を実証的に検討することを避けたということと関連して、否定しえないところであろう。

(1) 武田隆夫編『帝国主義論』（上）一一〇頁以下、宇野弘蔵『経済政策論』（著作集第七巻）一八三頁以下。

(2) 戸原四郎『ドイツ金融資本の成立過程』一九六三年 一六三頁以下。

Barnikel, Kartelle in Deutschland, a. a. O. S. 13.によれば、一九〇五年のライヒ議会で提出された資料によると、一九〇五年に三八五のカルテルが確認でき、石炭十二、鉄鋼一六二、金属一十一、化学一四六、電機一二などの基幹産業部門のカル

テルが含まれていることがわかる。

(3) 大野英二、『ドイツ金融資本成立史論』一九五六年、一三六頁以下。

(4) 判決は、一つの産業において非常な低価格が永続的に存在しないということが全体の利益であって、この考えの承認は、保護關稅の導入のうちに明らかであると述べている。なお *Denkschrift über das Kartellwesen, a. a. O. S. 8.*

七 本判決以後のカルテル規制

大審院は、競争經濟ではなくカルテルにより組織された經濟のうちに營業自由の原則により保護された全体經濟の利益をみた。カルテル契約はそれが個々の場合に「独占の形成と消費者の暴利的擄取」にならない限り、全体の利益を促進するものであり、それゆえなんら營業條例第一条に違反するものではない。従つてまた、營業の自由の保障は契約上一切の制限に服さないということの意味しない、という結論は、「判決に寄与した大審院の構成員にとつて契約自由の原則から全く自明のこと」であつたと言われる。⁽¹⁾

こうして、カルテルに対する營業條例第一条の適用は實質的に排除され、これ以降カルテルは私法的小よび刑法的規制のもとにのみおかれることとなつた。

私法的規制に関しては、一九〇〇年に施行された民法第一三八条および第八二六条の観点から取り扱われた。⁽²⁾ 民法第一三八条はその第一項で良俗違反行為の無効、第二項で暴利行為の無効を定め、又第八二六条は、良俗違反の方法をもつて故意に他人に損害を加えた者に対する損害賠償責任を規定する。カルテルと良俗違反の關係は、すでに述べたように、カルテルがいかなる道德律にも反せず、思慮ある事業活動であるとの基本的認識にたつて、その制限が場

所的期間的に全面的であったり、又カルテルの目的・手段が反倫理的である場合に例外的に良俗違反を構成するとされてきていたのであり、新民法においてもこの認識が変わるものではなかった。このことは、民法第一草案（一八八八年）が、その第一〇六条においてフランス民法第一一三三条と同じく、善良の風俗に対する違反に加えて、公の秩序（国家の一般的利益 *allgemeine Interessen des States*）に対する違反をも無効と規定していたのが、第二草案（一八九五年）においては、その意義について正確な範囲を定めることはむずかしく、又公の秩序に対する違反の多くは善良の風俗にもまた反するものであるという理由から、この公の秩序違反の場合を削除し、従って、成立した民法典もこの文言をもたなかったことと関係する。カルテル契約は、公の秩序違反を構成しうるが、原則的に善良の風俗には反しないと理解されていた立法時の経過から、カルテル契約に対する第一三八条の適用可能性は著しく狭められて考えられ、それは一九〇〇年民法典以前と変わるものではなかったのである。⁽⁴⁾

この新民法第一三八条のもとで、カルテルはまず、その用いられた手段が善良の風俗に反しないか否かの問題として生じた。とくに員外者へのカルテル参加強制に関して、その手段の合法性が争われ、いわゆる業績競争（*Leistungswettbewerb*）によらない妨害競争（*Behinderungswettbewerb*）によるものでも「当然に違法」（*per se als sittenwidrig*）とはみなされなかった。次に、問題となったのは、カルテル契約において追求された目的の反倫理性に関するもので、この点も裁判所は、競争者を過度に侵害し存在を否定するような結果に到る場合にも、なるべく業績競争の正当な目的追求の結果であることを認めようとした。⁽⁵⁾

次に、一八九六年に制定された不正競争防止法による規制の問題があった。これは、無制限な自由競争のもとで、七

○年代以降種々の不正競争とくに非常な廉売が行なわれ、これらに対抗するためにカルテルが利用されていたのであるが、この私人による他の私人の営業の侵害を防止・救済する目的で、一般的な営業の自由に対する特別禁止という理念に基き制定されたもので、フランス判例法を模範として、列举主義をとり、不実広告、数量詐欺、営業誹謗、他人の標章の不正使用を不正競争行為として、差止請求権と損害賠償請求権を認めたものである。本法は列举主義を取っていて一般規定を持たなかったので、良俗違反の一般規定を解釈上導入するよう主張されていたが、裁判所のとるところとならなかった。しかし、一九〇〇年以降は、民法第八二六条がその役目を果すこととなった。しかし第八二六条は「故意」を要件としており、又損害が現実が発生することを要したので、本条が機能することは少なかった。⁽⁷⁾

この不正競争防止法が「投売りに対する」カルテル強制に適用されるかが問題とされたが、裁判所は、本法は競争関係の存在しない限り適用はないとして訴をしりぞけた。⁽⁸⁾

刑法上の規制についても、すでに若干ふれたように、カルテルの有効な規制をならぬものではなかった。

こうして、カルテルに対する営業条例の適用が事実上排除され、又私法および刑法の適用もきわめて限定的でしかありえなかったことと比例して、カルテル組織はますますドイツ経済のうちに強固なる地位を占め、それとともに弊害が増大した。これに対して議会においてくり返しカルテル規制法の立法要求が登場してくるのである。ライヒ議会でカルテル問題が最初に公式に討議されたのは、一八九一年であったが、その時にはカルテルに対する包括的アンケートを実施することが決議されただけであった。一九〇〇年になって再びこの問題が取り上げられ、関稅定率委員会において、社民党及び国民自由党により、国内での協定のゆえに国外で国内よりも安く売られている全商品に対する

全ての保護の停止を求める動議が出された。⁽⁹⁾ また一九〇三年から同〇五年にかけて、石炭、コークス、鉄鋼、紙などの産業に対する対席審理が行なわれ、又一九〇六年から同〇八年にかけて議會に對する四部からなる報告書『カルテル組織に関する覚え書き (Denkschrift über das Kartellwesen)』が提出された。

これらのカルテル調査の結果にもとづいて、一九二三年のカルテル法の制定に到るまで、立法要求が議會及び学界でくり返さされてゆくのである。⁽¹⁰⁾

- (1) Katzler, a. a. O. S. 148.
- (2) カルテルは營業の自由になんら反するものではない。カルテルの目的が「窮状」に對処するものであって、その目的は良いからである。従つて私法、刑法によるカルテル濫用規制だけで充分である (Diehl, K., Nationalökonomische Betrachtung zur Frage der rechtlichen Regelung der Kartelle. Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht. Bd. 56, 1905, S. 403/404.)
- (3) 民法第一三八条「善良の風俗に違反する法律行為は無効とす。特に、他人の窮迫、輕卒又は無經驗に乗じて或給付に對し自己又は第三者に財産的利益を約束し又は供与せしむる法律行為は、其の財産的利益が当該事情より見て著しく給付と權衡を失する程度に給付の価値を超過するときは、之を無効とす。」
民法第八二六条「善良の風俗に反する方法をもつて故意に他人に損害を加へたる者は、その他人に對し損害を賠償する義務を負う。」
- (4) Baumgarten, F., Kartelle und Trusts: Ihre Stellung im Wirtschafts- und Rechtssystem der wichtigsten Kulturs-taaten, 1906, S. 251/252.
- (5) Lehnich, a. a. O. S. 90 ff., Huber, a. a. O. S. 320 ff.
- (6) 豊崎光衛「ドイツの不正競争法」比較法研究第十九号、一九五九年、二二頁以下。同「不正競争法の發展」田中先生還曆記念『商法の基本問題』一九五二年、一五五頁以下、所収。

(7) 有馬忠三郎『不正競争論』一九二六年、二〇六頁以下。それで、一九〇九年に到つて、列挙行為の範圍を拡大すると共に、一般条項を新設した。改正法第一条は、競争のためにするあらゆる良俗違反の行為につき差止めと損害賠償の請求権を与えた。本条は、民法第八二六条と異なり、故意を必要とせず、過失で足りるとし、また、差止めについては偽満を知る必要がないと規定する。豊崎、前掲「不正競争法の発展」一七五頁以下。

(8) Baungarten, a. a. O. S. 91, Denkschrift über das Kartellwesen, a. a. O. S. 21.

(9) Lehnich, a. a. O. S. 94/95. なお、ローゼンベルク著、足利末男訳『ヴァイマル共和国成立史、一八七一—一九一八』一九二八年。

(10) Fischer, C. E., Die Geschichte der Deutschen Versuche zur Lösung des Kartell- und Monopol-Problems, Zeitschrift f. d. ges. Staatswissenschaft. 1954. S. 441—454. この経過が詳し。

八　むすびにかえて

これまで、一八九七年の大審院判決の概要と、カルテルと營業の自由との関係についてのフライブルク学派からの批判をめぐる問題を若干明らかにしてきた。そこでは、營業の自由の原則のもとで、大審院が、カルテルとシンジケートによる市場支配を適法と判断した法理は、カルテルやシンジケートが、營業自由の原則により保障される全体〔經濟〕の利益を阻害するのではなく、まさに逆に促進するのだという經濟政策的判断を内容とする營業条例第一条の解釈を前提として、カルテル契約は、良俗違反を構成しない限り有効であるという私法上の法原則を適用するといふものであったということが明らかとなった。

このような法解釈の結果、カルテルやシンジケートはますます深くドイツ經濟のうちに浸透してゆくが、その結果

もたらされたものは、カルテルによる市場独占であり消費者の暴利的搾取であつた。この現実に対処するためには、私法と刑法によるカルテル規制を待つより他なく、これらの法は、概して無力であつたから、新立法によるカルテルの市場支配力の濫用の規制が強く求められたのである。この一八九七年から一九二三年に到る期間のカルテル規制の問題は、稿を改めて検討したい。